

契约精神与民刑冲突的法律适用

——兼评《保险法》第 54 条与《刑法》第 198 条规定之冲突

李兰英

(厦门大学, 福建 厦门 361005)

摘 要: 民刑冲突是法律冲突的表现之一, 其困惑在于法律适用上的难以选择。总结民刑冲突现象有两种: 一是涉嫌违法或犯罪的民刑交叉案件; 二是合法与犯罪截然对立的民刑冲突现象。民刑冲突现象的产生原因关键在于平等的个体于内在理念上的冲突: 即, 民法的个人权利保护与刑法的社会利益保护的不同价值取向所至, 也是契约自由与社会正义之间的冲突。“民法优先”是契约精神在民刑冲突的法律适用中的必然选择。实践中应具体考量社会公正、功利主义、社会效益、从严解释四个价值导向。

关键词: 契约精神; 民刑冲突; 保险诈骗; 法律适用

中图分类号: DF613 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-0208 (2006) 06-165-08

一、问题的缘起与追问

据《南方周末》报道^[1]: 四川达州一名会计帅英, 1998 年和 2000 年给母亲投了两份“康宁终身保险”, 按照康宁险的合同约定: “凡 70 岁以下, 身体健康者均可以作为被保险人。而其母 1998 年时实际年龄已经 77 岁。之前, 因为其他原因, 其母的集体户口在投保前已经更改过了。2003 年其母身故后, 帅英再次修改母亲入党申请书上的年龄, 然后通过了保险公司的理赔审查拿到了 27 万元的保险赔偿金。就在帅英拿到赔偿金数月之后, 警方以保险诈骗罪为由逮捕了她。由此也就引发了一场法庭内外的争论。其观点严重分歧, 鲜明对立。警方认为, 帅英的行为社会危害性严重, 已经构成了保险诈骗罪; 而部分检察官和法官则认为帅英的行为不仅没有构成犯罪, 而且保险合同成立, 应得 27 万元。

聚焦本案, 最为重要的就在于处理这一案件应该适用《保险法》还是《刑法》。因为, 我国刑法对于虚构年龄进行投保的定性与《保险法》的规定是不一致的。根据我国刑法第 198 条规定, 投保人、被保险人或者受益人, 以非法占有为目的, 违反保险法律、法规, 采取虚构事实、隐瞒真相的方法骗取数额较大的保险金的行为构成保险诈骗罪^{[2] (P. 436)}。而根据保险法第 54 条的规定: “投保人申报的被保险人年龄不真实, 并且其真实年龄不符合合同约定的年龄限制的, 保险人可以解除合同, 并在扣除手续费后, 向投保人退还保险费, 但是自合同成立之日起逾二年的除外。……”如此规定, 意味着保险合同成立之后, 即使是投保人申报的年龄不真实并且不符合合同约定的年龄限制的, 并不一定会导致合同的解除, 更别说是认为构成犯罪了。

收稿日期: 2006-08-10

作者简介: 李兰英 (1967—), 女, 河北保定人, 法学博士, 厦门大学副教授。

我国刑法与保险法都对虚构年龄获取保险金的行为及产生的法律后果做了明文规定,无论是被控告有罪还是辩护合同成立都有法律依据。难怪法官困惑于执法无所适从。借用一名检察官的话表达:“这个案件意义就在于,当民事法律已经有明确规定的情况下,还需不需要刑事法律来调整。”^[1]而笔者更深层次的追问是:当民法与刑法面临同一法律关系做出不同规定的时候,应该适用哪一个法律?以下我们将围绕本案所反映出来的困惑,思考民刑冲突时法律的适用问题。

二、民刑冲突的法律现象及其产生的原因

民刑冲突是法律冲突的表现之一。法律冲突又称为法律抵触,原本为国际私法上的一个概念,它是在国际民商事交往中,不同国家对同一问题的规定不同,产生有关国家的法律对同一民商法律的规定相互冲突^{[3] (P. 49)}。从普遍意义上讲,法律冲突是指两个或两个以上的不同法律同时调整一个相同的法律关系而在这些法律之间产生矛盾的社会现象。法律冲突只是法官头脑中的一个矛盾的反映,这个矛盾就是法官应该选择哪一个国家的法律,简单而言,法律冲突就是法律选择上的矛盾^{[4] (P. 85)}。

法律冲突呈现出多种表现形态,不仅表现为国际法律冲突,也可以表现为同一国家内不同法域之间的法律冲突,甚至包括同一法域内上位法与下位法以及同位阶的法律冲突。就本案而言,民刑冲突表现为保险法第54条与刑法198条竞争调整“因篡改年龄骗得保险金”的社会现象而出现法律适用上的矛盾状态。

观察国内法民刑冲突的现象,通常会有两种表现:一种是涉嫌违法或犯罪的民刑交叉案件。如:《商标法》第52条第1款的规定:“未经商标注册人的许可,在同一种商品使用与其注册商标相同的商标属于侵犯注册商标专用权的侵权行为。刑法第213条同时规定:“未经商标注册人的许可,在同一种商品使用与其注册商标相同的商标,情节严重的,处3年以下有期徒刑,并处罚金。这就是说,未经商标注册人的许可,在同一种商品使用与其注册商标相同的商标的行为在构成商标侵权的同时,有可能构成假冒注册商标罪,即同一个法律事实同时侵犯了民事法律关系和刑事法律关系,那么违法与犯罪的不同法律结果取决于适用商标法还是刑法。另外一种是在合法与犯罪之间截然对立的民刑冲突现象。如本案若适用保险法第54条或刑法198条的规范内容,将分别导致具天壤之别的合法与犯罪的法律后果。(本文将重点探讨后一种法律现象。)

民刑冲突现象的产生有着复杂的原因。就我国而言,首先是立法层面的原因。即,“在立法主体多元化的情况下,立法权限不清是产生法律冲突的法律原因”^{[3] (P. 50)}。这与全国人大及其常委会与国务院的立法界限、中央与地方的立法权限没有明确界定有相当的关系。可以肯定,面对社会现象交叠出现,不断衍生,法律规范缺乏统一和协调,必然会使民刑冲突与交融在所难免。其次,与经济利益多元化,日益膨胀的私人利益与传统重视的社会利益之间的观念冲突有关。有鉴于此,为了保护市场经济的公平、秩序和效率,为了让正直善良的人们不被沦落为善于巧施诡计者的牺牲品,法律必须一方面承担起捍卫私人主体的权利,确保合法私人利益神圣不可侵犯的任务,另一方面对谋求非法私人利益的行为予以更为严厉的惩治。是故,民法和刑法基于维护自由、平等的个人利益和保障社会利益的不同目标,对于同一种现象做出了不同结果的规定也就不足为奇。由此看来,民刑冲突的现象产生的原因除了上述立法层面及经济层面的外在因素之外,关键在于平等主体于内在理念上的冲突,即民法的个人权利与利益保护与刑法的社会利益保护的不同价值导向所致,最终可归根于契约自由与社会正义之间的冲突。

当国家和公民的合法利益都能得到有效的保护,也就是当国家和社会及公民的利益能够得到协调而不是冲突时,能够使社会正义得到最大化的实现,这是最为理想的状态。然而,这种理想的状态不仅需要理想的立法技术来调整,更需要理想的理念来支撑。这不仅是摆在立法者面前的永恒课题,也是司法实践中必然要遭遇到的难题。立法者要确保私人契约权利和意思自治神圣不可侵犯,又要有效防止自利行为的失控,就需要建立一个有效解决法律冲突的机制。我国学者已经从法理的角度提出:“解决我国的法律冲突需要从预防冲突,排除冲突和裁决冲突几方面综合治理。”^{[3] (P. 51)}应该肯定这是很有见

地的设想。但远水解不了近渴。目前的问题是:在尚未建立完善的机制时,如何选择应该适用的法律?正如笔者前面的分析:民刑冲突的产生及其适用上的困惑渊源于内在理念上的冲突,在司法实践中到底适用哪一部法律取决于司法人员理念的导向。因此,本文以“难倒法官的骗保案”为例,将保险法第54条与刑法第198条的矛盾放大为民刑冲突的普遍现象,思考和关注民刑冲突时法律适用的价值导向,尝试论证解决民刑冲突的基本路径。

三、契约精神决定民刑冲突时民法优先的适用

18世纪卢梭的社会契约论产生了很大的影响。契约精神从最初的自由与平等引伸出了民主思想、法治观念、主体意识、权利意识、程序意识、诚信意识、秩序等理念。契约精神的实质内容随之进入了社会生活和社会意识的各个领域,成为调整人们之间的生产和生活关系的基本准则。契约精神不仅在时间上具有了世代遗传特质,从空间上也具有了广泛渗透的影响。契约精神对于破解民刑冲突的困惑同样令人耳目一新:即民刑冲突时民法优先。以下,我们将围绕契约精神考察论证民刑冲突时“民法优先”的适用依据。

(一) 契约精神是刑法、民法中共有的精髓

契约精神是私法的灵魂和基础,随着现代政治文明、物质文明和精神文明的发展,契约精神不仅涵盖整个私法,亦逐渐向公法领域渗透。首先,契约精神强调对国家权力的控制,强调政府对人民的责任,强调公民的人权保障。而在西方国家,契约是宪法和法律的重要渊源,契约可以用来解释国家、政治的形成。第二,契约精神在刑法理念中有越来越明显的表征:一方面是注重契约文化的培育,在观念上由治人转向保民,由单一的打击犯罪的“工具说”转向惩罚犯罪与保障人权并重的现代刑法理念;另一方面,将罪刑法定原则看作为契约精神的集中体现。刑法从实质上应被看作是政府与公民之间的一种特殊契约:即,刑法是全体公民的行为规范,如果触犯刑律则要受到刑事制裁;刑法也是司法者的裁判规范,司法者不得滥用刑罚权侵犯公民。第三,美国、德国等国家在诉讼中体现出意思自治的契约精神。如辩诉交易制度,即通过检察官与被告人或辩护律师经过谈判和讨价还价来达成由被告人认罪以换取较轻定罪或刑罚的协议。这表明代表公正的国家刑罚权也可以通过控辩双方的交易来实现。由此可见,契约精神不仅构筑了民法的意识基础,也渗透在了公法中。透视民法与刑法内在的关联以及理念上的契合,给我们最大的启迪就是解决民刑冲突的法律适用困惑,需要在契约精神中寻找突破点。

(二) 契约精神决定了刑法的补充性、谦抑性

契约精神是民法与刑法的共有精髓,考察刑法产生的历史渊源,契约精神决定了刑法具有补充性和谦抑性。

1. 刑法出现在民法之后。英国历史学家梅因在《古代法》一书中,考究侵权行为及犯罪的早期史,认为早期社会并没有现代意义的刑法,古代社会的刑法不是“犯罪法”而是“过错行为法”或“侵权行为法”。此时,被认为受到损害的是个人而不是国家或社会,并没有将犯罪独立于侵权之外,故,国家的官吏只是一个仲裁者的角色。

刑法的真正发展,是在团体自身受到伤害,尤其是当它感到某种直接作用于私人利益的侵权行为危害了团体的生活秩序,进而使整个团体受到伤害之后,只有在此时,国家才不再以超然的姿态,不再仿佛只是一个临时被请来的私人关系中的仲裁者,而是直接作为当事人的一方介入纠纷。

现行民法中的侵权行为与刑法的发展息息相关,甚至在古代是以侵权行为作为两者的泛称,并没有现代意义下的刑法,直到国家或者社会认为某些侵权行为不仅危害了个人,也危害了国家社会等生活共

H. S. Maine Ancient Law, J. M. Dent & Sons Ltd (1917), 216 - 226. 转引自[台]政治大学法学院钟豪锋博士论文:《刑事不法与民事不法的分界》,第3-4页。

同体才将之独立成为犯罪并加以处罚。这一学说成为一些学者如梅因、康德等学者以个人与共同体作为区分民事不法行为与犯罪的标准的根据。虽然以侵犯的法益来区分民法与刑法在一些国家中并不被认同,但梅因教授考究的结论“刑法出现在民法之后 却值得关注”。

2. 刑罚的最后手段性。刑罚的最后手段性,是指在决定危害社会行为的惩罚措施时,应当优先考虑刑罚以外的其他社会控制手段,只有在刑罚以外的其他控制手段不足以抑制该行为或者不足以保护法益时,才考虑动用刑罚。是刑法作为保障公民权利的最后屏障的现代刑法理念。刑罚的最后手段性并非新鲜的命题,它可以从两个方面理解:一是因为刑罚起源于契约。根据卢梭《民约论》的要旨:人类社会出现后,为了避免社会因社会成员的私斗而趋于灭亡,因而通过民约的方式,将一部分权利割让给社会。当人们犯罪时,作为社会最高组织形式的国家,就能够以国家的名义对罪犯给予刑罚处罚,剥夺其以契约方式割让给社会的一部分权利。……^{[5] (P. 96)} 因此,刑法天生具有补充性。二是因为离开民法这部调整独立主体之间权利的基本法律,刑法也就成为无本之木。对此,德国学者柏林·许乃曼 (Berion Schunemann) 有过这样的阐述:

在社会本身不愿也无法支配自己的自由时,才托付给国家,这也是合理的,由此又可以推导出,刑法最后手段的特征是建立在两个独立的支柱上面,也就是和最后手段相对的,较温和的国家保护手段,以及法益持有人可能的与可被期待的自我保护^{[6] (P. 145)}。

这是刑法补充性的特征所在。意味着只有在其他法律的保护不充分时,或者非动用刑罚不足以遏制私人之间的报复时,才有必要动用刑罚。而“如果刑罚的适用是‘无效果’、‘可替代’或‘太昂贵’的,就说明应当避免适用刑罚。”^{[7] (P. 8 - 9)}

(三) 民事制裁同样具有报应和预防的双重目的

在刑法理论中,犯罪的三大特征之一就是“应受惩罚性”。应受惩罚性是对具有严重社会危害性和刑事违法性的行为的评价。由于刑罚是在各种制裁方法中最严厉的制裁方法,它远比治安管理处罚、行政处罚、民事制裁等严厉,不但可以剥夺人的财产、自由,而且可以剥夺人的生命,所以,应受惩罚性是区别一般违法行为与犯罪行为的重要特征^{[8] (P. 33)}。但这是否说明:民事制裁与刑事制裁在手段上的不同必然会导致制裁的目的不同呢?所谓制裁,“就是指国家公权力机关透过强制力所加诸违反法律者的一种恶害或不利益。”^{[9] (P. 37)} 大多数学者认为制裁是一个上位概念,包含民事制裁和刑事制裁。德国法实证主义学者 Hans Kelsen认为:“民法与刑法的差异可以从两种法律的制裁目的上观察。”按照他的观点:“刑事制裁的目的是在报应、威慑或者预防,民事制裁的目的是赔偿。但是,他也同时修正说:“刑事制裁与民事制裁之间的区别,并不具有绝对的区分,仅具有相对的差别。因为,民事制裁也至少是间接地以威慑来达成预防的目的,因此,区分刑法与民法的基础就是刑事制裁与民事制裁之间这种相对的差异。”

我们理解的这种“相对的差异”是指刑法与民法在制裁目的上具有相对性,而不是绝对的实质的差异。古今中外的刑法理论都认同刑罚具有报应和预防的双重目的,但没有理论证明民事赔偿不具有预防或报应的目的,更没有论证预防思想与报应思想必然就是刑罚的专有特征。据此,笔者认为,民事制裁一样可以达到惩罚与教育、预防或报应的双重目的。民法通过建立民事损害赔偿制度,告诫威胁一般人不要随便侵犯他人的权利,否则必须付出一定的代价;同时,也通过民事损害赔偿触及行为人的利益,达到了教育一般人或行为人必须尊重他人权利的目的。对此观点,台湾的学者从另外的角度给予回应:

应报思想旨在限制刑罚的滥用,保障公正刑罚的实现,避免行为人负担超越本身责任的处

Kelsen, General Theory of Law and State 50 - 51; 转引 [台] 政治大学法学院钟豪锋博士论文:《刑事不法与民事不法的分界》2003年3月完成。第6页。

罚,同理,民法上的损害赔偿制度,使行为人弥补或复员所造成的侵害结果,也能够避免行为人负担超越其责任范围的赔偿额,保障公平赔偿的实现,因此,应报思想似乎只是说明了刑罚的范围而已,并没有描述出刑罚本身的意义。因而无法区别出刑法的特殊性。换言之,应报思想似乎也可以作为限制民事损害赔偿范围的基础原则。……

我国学者通过对刑事惩罚与民事制裁的比较,也有如下相同的认识:

刑事惩罚关注于非难、过错与过去的行为;而民事制裁则更倾向于问题的解决,承担的责任与将来应该做什么。刑事惩罚是将剥夺自由或者财产甚至生命的痛苦加于被告人,以期阻止或预防犯罪;而民事制裁则是以赔偿为恢复两边关系的途径,以达到和解为目的。^{[10](P.83)}

我们赞成学者关于刑事惩罚和民事制裁各自关注所在的分析,但不同意将民事制裁的目的定位于“达到和解。”因为,“达到和解”只是解决诉讼纠纷的方法,而不是民事制裁的目的。

既然没有证据说明刑罚的惩罚能有效地达到威慑与预防犯罪的目的,那么也没有证据证明民事赔偿就不能达到。从举轻以明重的内在逻辑看:如果民事制裁能够威慑和预防违法行为那也就更能威慑犯罪产生。因此,民事制裁与刑罚在制裁目的上具有一致性。西方国家正在进行的“恢复性司法”也在一定程度上印证了民事制裁在某些情形下具有替代刑罚的功效。

综上所述,契约精神决定了民法、刑法先后产生,刑法具有补充性、谦抑性,契约精神决定了刑罚具有最后手段性。也从反面证明运用民事制裁并非不能实现预防与报应的目的。由此推导出,契约精神天然蕴涵着民刑冲突时“民法优先”的价值趋向。

四、民刑冲突时法律适用的价值坐标

对于法律冲突的法律适用,法理上遵循的一般原则是:上位法优于下位法,特别法优于一般法,新法优于旧法。但是,对于同位阶的民法和刑法的冲突,法律不仅没有明文规定,而且司法实践中适用标准不一。根据1986年最高人民法院“关于审理经济纠纷案件当中,如果发现当事人行为构成犯罪的应当中止审理民事案件,把案件移交给有关部门,追究刑事责任”的司法解释。一般的观点认为,如果在民事诉讼过程中,发现案件涉嫌犯罪的,应按照“先刑后民”的原则进行处理。因此,“先刑后民”作为一项处理刑民交叉案件的司法原则。但是,这只是关于诉讼程序的“先刑后民”,并没有关于民刑冲突时,当事人介乎于“合法与犯罪”的困惑状态应该适用刑法还是民法的规定及相关解释。尽管从刑法诞生的历史、从法律效益角度以及刑罚理论上均可得出契约精神的弘扬引导民法为重、民法为先的理念。但基于法律没有明文规定应该优先适用民法,而且具体到实践层面,各个案件的具体情况差异,司法人员受社会政治、经济背景和形势政策的影响,必然会有不同的理解和选择。譬如,本文中的“保险案”,公安机关、检查机关、法院各执一词,产生罪与非罪的聚讼。那么,以什么样的理念来引导司法人员的判断和选择凸显重要。即使民法的优先适用是根据契约精神做出的第一反应,我们也应该综合考量其他的价值导向,检验民刑冲突时优先适用民法的合理性。以下,我们将结合“保险案”,以社会公正、功利主义、社会效益、刑法解释原则作为综合考量本案适用保险法的四个价值指标。

第一,以追求社会公正为主要目标。法律冲突只是具体条文之间的矛盾和法律结果的不同。但无论是刑事法律还是民事法律,其价值目标一致定位于公平和正义。因此,选择发生冲突的两个法律该适用哪一个,体现公正是首选的因素。我们认为,倘若本案适用刑法则显失公平。因为,既然我国保险法中规定了保险人对被保险人的年龄不真实情况的审查及保险合同解除的除斥期间,其目的很明显,并非所有被保险人真实年龄不符合保险合同限制条件的情况的合同都无效,而是设定了在特定情况下合同继续有效的可能性。因为在这种情况下,既考虑到了保险人的风险,让保险人有审查被保险人的基本情况来解除合同的权力,使保险人不至于会陷于巨大的风险之中;而且该规定也充分考虑到了保险人的审

同上,第7页。

查责任,即如果在保险合同成立后两年之内保险人没有尽到审查的责任而导致其经济利益受损,那么因此而导致的后果应该是由保险人自己承担。如果此时再去要求投保人返还其获得的保险利益已经不符合法律规定。倘若还要追究投保人的刑事责任,那就等于保险人拥有了双重保险,而把所有的风险转嫁给了投保人。这种将刑法强行介入,作为保护保险人利益的做法,既没有体现个案的公平,也没有彰显普遍的正义。

第二,功利主义的利益权衡原则。功利主义的吸引力主要在于它强调道德与利益的结合,肯定人类幸福的价值,在理论上也提出了一个能解决道德纷争和分歧的根本原则——最大多数人的最大幸福^[11](P. 130)。从功利角度衡量适用何种法律就是以解决突出的社会问题为目标,以满足社会大多数人的利益为重作为参考因素。正如博登海默所言:

虽然正义是衡量法律之善的尺度,但在确定某一特定法规是可欲不可求的时候,它却并不是惟一可适用的标准。建构一个法律制度,会遇到许多必须加以解决的专门问题,而这些问题解决则主要是依据权宜、功利和可行性标准来进行的^[12](P. 270)。

适用何种法律应该以获得公众一定程度认同为前提。如果违背大多数公众的意愿,引起强烈的反响,就应该慎重抉择。功利主义的利益权衡成为检验社会效益高低和引导社会广大民众对法律信赖和期待的标尺。

第三,最大程度地实现社会效益。理想的社会效益价值直观的体现为三个方面,一是使国家法律的严肃性得到保证,二是公民权利得到保障,三是社会稳定得以维持。如果通过某种诉讼或者其他的方法解决纠纷或抚平侵害,就是以最小的成本实现了最大的社会效益。契约精神的动力和契约社会的终极目标就是诚信为本,社会和谐有序。实现法律的效益价值是契约精神的内在要求。法律效益不仅包括法律本身所具有的公平正义方面的社会效益,而且包括法律内在的经济效益。根据法律的实证性经济分析理论,法院在处理个案时,必须使个案中的效益极大化,而且要引导将来的人们行为具有更大效益。就本案而言,如果以社会效益价值为角度衡量适用何种法律,同样可以得出应该适用保险法而不是刑法。据报道,自案件主人公帅英被拘留之后,在渠县引起明显的恐慌。对当地的保险秩序造成极大的冲击,许多人纷纷退保,人人自危,害怕会被抓去坐牢,可谓民心恐慌,社会秩序不稳定,这显然对保险行业和当地的经济秩序造成消极影响。这说明,即使适用刑法表面上会产生对保险欺诈行为的威慑和一定程度的遏止,但潜在的代价是:更大程度地引起诚信危机,导致投保人的恐慌和保险秩序的混乱。此时,选择严厉惩罚一个投保人还是以稳定保险秩序为重,是兑现保险法的承诺还是挽回保险公司的利益,必然成为对法律效益价值实现的关键。美国学者罗伯特·考特等人通过对刑罚的经济分析指出:“最优化的威慑效应并不是铲除所有的犯罪,因为这样做的代价很高,而且社会效应会不断降低。政策制定者需要对有限的资源加以配置,争取以最少的成本实现威慑目标;也就是说力求有效率地实现这一目标。……”站在法律的效益价值观和平衡整体的社会效益来考虑,本案的最佳选择就是适用《保险法》的规定而不是《刑法》的规定。

第四,从严解释刑法的原则。上面提及的原则都是从社会学、伦理学和经济学的角度进行的探讨,可称为外在参考的坐标系,而依据法律解释,即通过严守刑法之门,拓宽民法之路解决法律冲突问题则是一条内在路径。就民刑冲突而言,如果行为本身就是在刑法的边缘徘徊,行为并没有完全符合某种犯罪构成要件的规定,则司法人员就不应该将刑法规定做出扩大理解,将行为纳入刑法调整的范畴。尤其是那些对国家利益并没有实质危害性的、罪与非罪界限比较模糊的经济案件的处理,更应当贯彻这样的理念。在现代市场经济和法治社会,“弘扬契约精神就必须在法律解释的层面,使刑法解释更倾向于严

[美] 罗伯特·考特著:《法和经济学》,上海三联书店 1994年版,第 755页;转引陈正云著:《刑法的经济分析》,中国法制出版社 1997年版,第 2页。

格。这也是罪刑法定原则的制约。”^{[13](P.120)}譬如本案,如果将虚构保险标的的行为做扩大解释,依从严防行为人逃避法律制裁的观念,就可能将帅某的虚构年龄的行为纳入刑法规制。而如果依据刑法严格解释的原理,可以为帅某的行为做出如下的辩护:首先,根据刑法第198条规定,帅某伪造户籍证明等文件,虚报年龄的行为是否被认定为“故意虚构标的,骗取保险金的行为”尚有争议。因为,将“年龄理解为保险标的”尚值得商榷。其次,如何推定投保人具有“非法占有为目的”,证据并不充足。从本案主观方面看,帅某故意伪造户籍证明、虚构年龄进行投保并不必然具备“以非法占有保险金为目的”。投保人以“通过与保险人签订保险合同,追求安全保障,解除或减少一旦发生危险造成人身伤亡而影响生活稳定的后顾之忧”为动机也属正常。再次,帅某虚构年龄的投保行为并不能因此当然地获取保险金。即虚报年龄与获得保险金没有必然的因果关系。最后,帅英的主观恶性并非绝对恶劣。不能单凭帅英获得保险金27万的客观结果来推定具有严重的社会危害性。从帅英对法律的了解程度以及社会一般人贪利的心理来看,帅英最多只是具备民事违法性意识,而不具有刑事违法性意识。由此,只要严格解释刑法第198条的规定,帅某不构成保险诈骗罪的辩护就有一定的正当理由。倘若任何一个民刑冲突的案件,都能够坚守刑法大门、广开民法门户,那么,法律冲突至少会变得有缓冲的余地。

综上所述,无论从体现社会公正、实现功利主义的利益目标、最大程度地实现社会效益的角度衡量还是从严解释刑法的角度来考察,本文中关注的“骗保案”应该优先适用保险法的有关规定。

五、解析本案适用的保险法条文

我们认为,本案理应适用保险法第16条和第54条,视保险公司为弃权,判定保险合同成立。所谓弃权,是指保险人放弃因投保人或被保险人违反告知义务或者保证义务而产生的保险合同的解除权或者抗辩权。根据保险法第16条的规定:“按照本法另有规定或者保险合同另有约定外,保险合同成立后,保险人不得解除保险合同。”即保险合同成立后,保险人不得随意解除保险合同,只有在法律有特别规定的情况下,保险人才有权解除保险合同。但如果保险人不及时行使解除权,则应视为放弃权利,日后不得再主张此种权利。而保险法第54条的规定:“投保人申报的被保险人年龄不真实,并且其真实年龄不符合合同约定的年龄限制的,保险人可以解除合同,并在扣除手续费后,向投保人退还保险费,但是自合同成立之日起逾2年的除外。... 保险法第54条是对弃权和禁止反言规则做出的规定。这说明,本条规定赋予了保险公司拥有合同解除权,但这个权利限期仅为两年。弃权和禁止反言是一对相对应的概念。所谓禁止反言,是指一旦保险人放弃自己的权利,将来保险人就不得向相对方就其已放弃的权利再行主张。根据英美法系国家保险法的规定,保险人享有弃权的权利,但英美等国家的保险法在规定保险人有弃权权利的同时,规定保险人有“调查核约”的义务。即保险人有核实投保人的告之内容的真实性的义务。保险人必须根据自己的调查结果确定投保人告之内容的真实性并依此在一个月内决定是否解除合同,除斥期间一经过,保险人将不再享有解除合同的权力”^{[14](P.105)}。

根据案件事实,帅某虽然有故意申报被保险人年龄不真实的行为,违背了作为投保人签定保险合同的诚信原则,但是,帅某所签两笔合同到理赔时均已超过了两年。也就是说,保险公司已经放弃了合同解除权利,合同自然生效。故,帅某行为符合保险法第54条的构成要件,可以适用这一条款进行抗辩。尤其引起注意的是,保险代理人为招揽业务,在销售保险业务时确已知悉被保险人不符合保险合同的要求,保险公司依然签发保单,收取6万多元的保费,而且此类现象普遍存在。愈加说明保险人放弃了合同的解除权。保险公司应当承担其代理人的代理行为所产生的法律后果,帅某与保险公司签订的保险合同应视为有效。尽管帅某的行为违反了诚实信用,不仅应该遭受道德谴责,而且涉嫌欺诈。单纯依照文字来讲,欺诈不属于犯罪,欺诈的法律后果是导致合同无效和赔偿损失。欺诈行为形成民事法律关系,相对人如果对此关系没有异议并认可,则形成的权利义务关系有效。本案根据保险法第54条的规定,保险人一旦放弃自己的权利,将来保险人就不得向相对方就其已放弃的权利再行主张。此时,保险合同自然生效。因此,帅某的行为既不构成欺诈,也不构成犯罪,应该获得27万元的保险金。保险法中

强制要求保险人在规定的时间内对于保险合同的真实性进行审查,并明确为不履行义务而承担将给其带来不利后果的风险。这是契约精神所决定的最大诚信地保障投保人权利的合理规制。

参考文献:

- [1] 何海宁. 难倒法官的骗保案 [N]. 南方周末, 2005 - 04 - 14 (3).
- [2] 高铭喧, 马克昌, 主编. 刑法学 [M]. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 2000.
- [3] 蔡定剑. 法律冲突及其解决的途径 [J]. 中国法学, 1999, (3).
- [4] 韩德培. 国际私法 [M]. 北京: 高等教育出版社、北京大学出版社, 2005.
- [5] 宁汉林, 魏克家. 刑罚的由来及其理论基础 [J]. 政法论坛, 2000, (6).
- [6] [德] Beier Schunemann. 刑事不法之体系: 以法益概念与被害者学作为总则体系与分则体系间的桥梁 [A]. 王玉全, 钟豪峰, 张姿倩, 合译. 许玉秀, 主编. 刑事法之基础与界限 [C]. 台北: 学林出版社, 2003.
- [7] 陈兴良. 刑法哲学 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [8] 马克昌主编. 刑法学 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2003.
- [9] 王海南, 等. 法学入门 [M]. 台北: 元照出版社, 2001.
- [10] 马静华. 刑事和解的理论基础及其在我国的制度构想 [J]. 法律科学, 2003, (4).
- [11] 何怀宏. 契约伦理与社会正义 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1993.
- [12] [美] 博登海默. 法理学法律哲学与法律方法 [M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [13] 齐文远, 周详. 论刑法解释的基本原则 [J]. 中国法学, 2004, (2).
- [14] 黄霞, 董邦俊, 唐子艳. 保险合同中的最大诚信原则 [J]. 法学杂志, 2005, (2).

Spirit of Contract and Application of Laws concerning Conflicts between Civil and Criminal Laws

——Also a Comment on the Conflict between Article 54 of the Insurance Law and Article 198 of the Criminal Law

L I Lan - ying

(Xiamen University, Xiamen, Fujian Province 361005)

Abstract: Conflicts between civil and criminal laws, as a kind of conflict of laws, have been perplexing due to the difficulty in the choice of laws. Such conflicts can be summarized into two types: the civil law and the criminal law overlapping each other in suspected offences or crimes, or conflicting where legitimacy and crime are totally different. The cause of conflict has its origin in the conflicting internal philosophy of individuals on an equal basis, that is, civil law is toward protecting personal rights, while criminal law is toward protecting social interests. This is also a conflict between freedom of contract and social justice. That the civil law takes preference is a natural choice where the spirit of contract is applied in the conflict between civil and criminal laws. In practice, the four value orientations, namely, social justice, utility, social benefits and strict construction of criminal laws, should be examined.

Key Words: Spirit of Law; Conflict of Civil and Criminal laws; Fraudulent Claim; Application of Laws

(责任编辑 于贺清)